



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

Los elementos del tipo y la aplicación
jurisprudencial del delito tipificado en el párrafo
segundo del artículo 234 del Código Penal (la
conversión de la falta de hurto en delito en caso de
habitualidad)

Autora

Laura Lardiés Goyeneche

Directora

Belén Mayo Calderón

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza

2014

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	6
II. EL TRATAMIENTO DE LA HABITUALIDAD EN NUESTRO CÓDIGO PENAL	9
III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO DELICTIVO PREVISTO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 CP	12
IV. EL DELITO TIPIFICADO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 DEL CÓDIGO PENAL: LA CONVERSIÓN DE LA FALTA DE HURTO EN DELITO EN CASO DE HABITUALIDAD	15
1. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DELICTIVO DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 CP	
1.1. Tipo objetivo.	16
1.2. Tipo subjetivo.	21
2. LA POSIBLE CONTRADICCIÓN DE ESTE PRECEPTO CON PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA LEY PENAL.	22
3. PROBLEMAS DE APLICACIÓN.....	28
3.1. La prescripción de las faltas.....	28
3.2. La relación con el delito continuado.....	31
3.3. La necesidad de que las faltas no hayan sido juzgadas: el procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas.....	34

3.4. La ausencia de registros para infracciones constitutivas	
de falta no enjuiciadas	36
4. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	37
V. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	
DE 4 DE OCTUBRE DE 2013.....	40
VI. CONCLUSIONES.....	43
 BIBLIOGRAFÍA	 49
LEGISLACIÓN.....	51
JURISPRUDENCIA.....	52

ABREVIATURAS EMPLEADAS

AP	Audiencia Provincial.
art./arts.	artículo/artículos.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Cap.	Capítulo.
CE	Constitución Española de 1978.
cit.	Cita.
CP	Código Penal.
DRAE	Diccionario de la Real Academia de la Lengua.
FGE	Fiscalía General del Estado.
FJ	Fundamento Jurídico.
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LO	Ley Orgánica.
núm.	número.
p.	página.
pp.	páginas.
S.	Sentencia.
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial.

ss.	siguientes.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo.
t.	tomo.
TC	Tribunal Constitucional.
Tít.	Título.
TS	Tribunal Supremo.
vol.	volumen.

I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento jurídico de la habitualidad no es una cuestión baladí para nuestro legislador, pues ha estado presente en las continuas reformas del Código Penal, suscitando tanto la polémica parlamentaria como la doctrinal.

La Real Academia Española define hábito como «modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes u originado por tendencias instintivas». Dicha definición, trasladada al lenguaje jurídico, es abordada por algunos autores¹ como la tendencia o inclinación a delinquir adquirida por la reiteración en la comisión de delitos.

El Código Penal, por su parte, contiene una definición de «reos habituales» en el art. 94 CP, considerando como tales «a los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello». Además, el concepto de habitualidad se diferencia de manera sustancial de la reincidencia que, según dispone el art. 22. 8ª CP, es una circunstancia agravante que se pone de manifiesto «cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo Título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». No obstante, tienen en común la característica de reiteración en el delito.

Por otra parte y al margen de consideraciones conceptuales, el legislador aborda el problema jurídico que plantea la habitualidad a través de distintas técnicas legislativas². Una de ellas es la consistente en convertir en delito un número definido de infracciones materialmente constitutivas de falta llevadas a cabo en el plazo de un año, con la consecuente agravación de la pena a imponer.

¹ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, *cit.*, p. 99.

² En este sentido cabe mencionar el delito de violencia habitual del art. 173 CP apartados 2 y 3 a través del cual se responde de modo específico al fenómeno de la violencia de género, doméstica y otras situaciones análogas. La conducta típica consiste en la realización habitual de actos de violencia física o psíquica. No se castiga aquí cada uno de los hechos individualmente considerados (que se castigan mediante los correspondientes tipos delictivos, que entran en concurso de delitos con el delito de violencia doméstica habitual), sino el hecho de que esa violencia física o psíquica se realice de un modo habitual.

Esta técnica legislativa, cuyo fundamento es la habitualidad de la infracción, se recoge en tres preceptos de la ley penal: art. 147.1 párrafo segundo CP³ (delito de lesiones), art. 234.1 párrafo segundo CP⁴ (delito de hurto) y art. 244. 1 párrafo segundo CP⁵ (sustracción de vehículos a motor).

El tratamiento jurídico de la conversión de faltas en delito en caso de habitualidad gira en torno a la idea de hacer frente a la delincuencia reiterada o profesionalizada, con el fin de fortalecer la seguridad ciudadana. Como es sabido, desde hace años se ha generalizado un sentimiento de inseguridad entre la población y el miedo a ser víctima de un delito. Además, se puede decir que dicho estado de inseguridad se incrementa cuando, ante lo que nos encontramos, son faltas contra el patrimonio de las personas. En la mayoría de los casos, la causa de ello se encuentra en que dichas faltas son cometidas de manera habitual por delincuentes profesionales que se instalan en una determinada zona de actuación con afluencia de personas y que utilizan el descuido de éstas para desarrollar la actividad delictiva.

Por este motivo, el legislador ha considerado oportuno introducir el párrafo segundo del art. 234 CP, el cual va a ser analizado en esta investigación.

El trabajo comienza con un acercamiento al concepto jurídico de la habitualidad, su naturaleza jurídica y el tratamiento que nuestro legislador le confiere en el Código Penal en relación con la figura delictiva del hurto.

Posteriormente, tiene lugar una exposición de los antecedentes legislativos del tipo delictivo previsto en el párrafo segundo del art. 234, haciendo referencia al tratamiento jurídico que el legislador ha dado a la habitualidad en las múltiples reformas de nuestro Código Penal.

El trabajo se centra de manera exhaustiva en la técnica legislativa consistente en la conversión de faltas en un delito de hurto en caso de habitualidad (párrafo segundo del

³ El art. 147.1 párrafo segundo CP dispone: «Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código».

⁴ El art. 234.1 párrafo segundo CP dispone: «Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

⁵ El art. 244.1 párrafo segundo CP dispone: «Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito».

art. 234 CP) y en los problemas jurídicos que plantea, así como en la delimitación de los elementos del tipo (objetivo y subjetivo) de la citada figura delictiva.

Así, se van a exponer los obstáculos fundamentales con los que se encuentra la aplicación del tipo delictivo que nos ocupa. Por un lado, se hará referencia a la posible contradicción del párrafo segundo del art. 234 CP con algunos de los principios fundamentales de la ley penal consagrados expresa o implícitamente en nuestra Constitución. Por otro lado, se van a exponer los obstáculos de índole práctica que dificultan la aplicación del precepto.

De este modo, es necesario analizar la cuestión de la prescripción de las faltas y su influencia en la constatación de las tres infracciones realizadas en el plazo de un año, necesario para la aplicación del precepto.

Asimismo, analizaremos la posible concurrencia de esta figura con la del delito continuado, haciendo referencia a la distinción que la jurisprudencia realiza entre ambas figuras.

Como último problema que dificulta de manera sustancial la aplicación de este precepto se van a abordar una serie de cuestiones procesales. Como veremos, para aplicar el tipo delictivo es necesario que las tres faltas no hayan sido juzgadas. Esta situación deviene complicada en la práctica dada la exigencia de rapidez que caracteriza a los juicios de faltas.

Con el fin de constatar la aplicación que este precepto ha tenido desde que fue introducido en nuestro Código penal, se ha realizado un estudio jurisprudencial. Como veremos, debido a su escasa aplicación práctica podríamos denominar a este apartado «la no aplicación jurisprudencial».

Por último, he considerado que es necesario hacer referencia al reciente Proyecto de ley de reforma del Código Penal de octubre de 2013⁶, que suprime, a mi juicio con acierto, la aludida figura delictiva.

⁶ Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de octubre de 2013.

Una vez expuesto el modo en que se va a desarrollar esta investigación, es el momento de plantear algunas cuestiones de fondo. Uno de los objetivos de este trabajo es cuestionar la introducción y el mantenimiento de algunos preceptos en nuestro ordenamiento jurídico a sabiendas de su falta de utilidad.

Es cierto que la recaída en el delito es una cuestión que debe ser tratada en nuestro Código Penal, pues es un tema que preocupa tanto al legislador como al conjunto de la sociedad. Sin embargo, hay que preguntarse si este es el modo adecuado o si existen otros mecanismos para combatir la actuación de los delincuentes habituales. El dar respuesta a este dilema constituye el objetivo principal del presente estudio.

Para realizar el citado estudio he realizado una recopilación jurisprudencial y una selección bibliográfica de los estudios doctrinales que se han publicado sobre este delito desde que fue introducido en nuestro Código penal.

II. EL TRATAMIENTO DE LA HABITUALIDAD EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.

En el presente Código penal no existe una definición de habitualidad que tenga validez general. Como ya se ha señalado, únicamente en el art. 94 CP⁷ se ofrece una definición de «reo habitual», a los efectos de aplicación del régimen de sustitución y suspensión de penas. También se hace referencia al concepto jurídico de habitualidad en el art. 173. 2 CP⁸, en el que se regula el delito de violencia doméstica habitual, así como en el art. 299.1 CP⁹, en el que se tipifica el delito de receptación.

⁷ El art. 94 CP dispone: «A los efectos previstos en la sección 2.ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo capítulo, en un plazo no superior a cinco años, y hayan sido condenados por ello».

⁸ El art. 173.2 CP dispone: «El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados...».

⁹ El art. 299.1 CP dispone: «El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año».

Por otra parte, en el catálogo de circunstancias agravantes¹⁰ recogidas en el art. 22 CP aparece la reincidencia. Dice el nº 8 del art. 22 CP que «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». Asimismo, en el art. 66.1.5ª CP¹¹ se configura la multirreincidencia como una regla de medición de la pena. Si bien la diferenciación de estos conceptos no es el objeto del presente estudio, debemos dejar constancia de algunos aspectos. Los tres conceptos tienen en común la repetición de un hecho, esto es, la recaída en el delito. No obstante, lo que diferencia a la habitualidad de los otros dos, es que para que concurra ésta se requiere que el delincuente haya adquirido un hábito criminal, es decir, una particular tendencia o inclinación al delito¹².

Otra de las cuestiones básicas que hay que delimitar en esta investigación es la relativa a la naturaleza jurídica del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP. Así, cabe cuestionarse si nos encontramos ante un delito habitual propio o impropio. Como señala Alonso Álamó¹³, la respuesta a esta cuestión va a depender del modo en el que se fundamenta el ilícito ante el que nos encontramos. Hay que partir de la distinción entre aquellos casos en los que se cometen una pluralidad de acciones que en sí mismas no constituyen una infracción penal, pero que acumulados sí que constituyen un delito (delito habitual propio)¹⁴, frente a aquellos casos en los que se

¹⁰ El art. 22.8ª dispone: «Son circunstancias agravantes: [...] 8.ª Ser reincidente».

¹¹ El art. 66.1.5ª dispone: «En aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: [...] 5.ª Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido. A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo».

¹² AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Iustel, Madrid, 2008, cit., p. 36.

¹³ ALONSO ÁLAMO, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO/GURDIEL SIERRA/CORTÉS BECHUARELLI, (Coords.), *Estudios en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Madrid, 2003, cit., pp. 57 y ss. Según señala la citada autora «los delitos habituales propios e impropios deben ser interpretados desde la perspectiva del Derecho Penal del hecho, entendiendo que la reiteración implica un mayor injusto o una mayor culpabilidad».

¹⁴ Esto sucede en el delito de acoso inmobiliario recogido en el art. 173.1 párrafo tercero que dispone: «Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

cometen una repetición de conductas que sí son constitutivas de delito o falta y cuya penalidad se agrava en virtud de su repetición (delito habitual impropio)¹⁵.

En ambos casos hay habitualidad puesto que se dan una repetición de actos separados en el tiempo. Sin embargo, únicamente en el segundo caso se puede hablar de recaída en el delito en sentido estricto. Por lo tanto, en el párrafo segundo del art. 234 CP nos encontramos ante un delito habitual impropio.

Lo que caracteriza a los delitos habituales impropios es la repetición de un número determinado de infracciones que en sí mismas constituyen delito. Sin embargo, en el precepto que se analiza en el presente estudio se castiga con la pena del delito de hurto tres infracciones constitutivas de falta de hurto. Por tanto, como señala Aguado López¹⁶, puede decirse que nos encontramos ante un «peculiar delito habitual impropio» por dos motivos: por un lado, las conductas que se repiten en el tiempo no constituyen delito, sino que son faltas; y, por otro lado, nuestro legislador no se limita a agravar la pena como consecuencia de esta repetición sino que se produce un sustancial aumento de la misma, elevándola a delito.

Por lo que respecta a la finalidad de esta técnica legislativa, el legislador pretende afrontar la recaída en la falta de hurto, dando así una respuesta a la delincuencia profesionalizada. De este modo se expresa en la Exposición de Motivos de la LO 11/2003¹⁷, donde se establece que «son numerosos los ejemplos de aquellos que cometen pequeños delitos en un gran número de ocasiones, delitos que debido a su cuantía individualizada no obtienen una respuesta penal adecuada».

De la lectura de dicha Exposición de Motivos se deduce claramente el afán del legislador de intentar corregir la criminalidad de los conocidos comúnmente como «carteristas». La actuación reincidente de dichos sujetos que actúan en céntricos puntos de muchas de las localidades de nuestro país arrebatando de forma imperceptible

¹⁵ SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, *cit.*, p. 122.

¹⁶ AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», *cit.*, p. 43.

¹⁷ Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

carteras, maletines o bolsos provoca, como es lógico, una situación de gran inseguridad ciudadana¹⁸.

Pues bien, ante esta situación es claro que se debe establecer un mecanismo de imposición de la pena que cumpla una función primordial de prevención ante estos fenómenos. Así pues, la conversión de faltas de hurto en delito es una respuesta frente a la alarma social. Sin embargo, tal y como señala Aguado López¹⁹ «la alarma social es un concepto ambiguo y peligroso que nos puede llevar a elevar la pena sin límites».

Si bien es cierto que el derecho debe dar una respuesta penal a estos comportamientos sociales, es necesario que esa respuesta se ubique en sus justos términos. Es decir, el Derecho penal debe respetar las reglas de proporcionalidad que deben existir entre el hecho cometido y la correspondiente pena a aplicar.

III. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL TIPO DELICTIVO PREVISTO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 CP.

La cuestión de la reiteración en la comisión de faltas ha sido una preocupación constante para nuestro legislador, tal y como se observa en las reformas por las que ha atravesado el Código Penal a lo largo de la historia.

La figura delictiva objeto de nuestro estudio aparece por primera vez en el Código Penal de 1870. En concreto, se disponía que la falta de hurto se convirtiera en delito cuando el reo hubiera sido condenado dos veces por falta de hurto (art. 531.5²⁰). Dicha regulación se mantuvo en el CP de 1928, en el de 1932 y en el de 1944.

La regulación de este precepto experimenta un cambio sustancial con la *Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal*, que deroga la citada figura delictiva. Las razones que dan lugar a esta derogación se

¹⁸ MAGRO SEREVET, V., «Pena de alejamiento en las faltas contra el patrimonio», en *Diario La Ley*, nº 7298, 2009.

¹⁹ AGUADO LÓPEZ, S., «*La multirreincidencia y la conversión...*», *cit.*, p. 48, pone de manifiesto que esta postura ha sido criticada, pues las necesidades de la prevención general no pueden quedar satisfechas a costa de los principios o garantías penales, como el principio de culpabilidad o proporcionalidad.

²⁰ El art. 531.5º del Código Penal de 1870 disponía: «Los reos de hurto serán castigados: [...] 5º Con arresto mayor en sus grados mínimo y medio, si no excediere de 10 y el reo hubiere sido condenado dos veces por hurto en juicio de faltas».

esgrimen en la Exposición de Motivos. Por un lado, el cambio legislativo se fundamenta en su contradicción con el principio *non bis in idem* ya que «conduce a que un solo hecho genere consecuencias punitivas en más de una sola ocasión» y, por otro lado, se hace referencia al principio de legalidad ya que no se puede permitir «llevar la pena más allá del límite legal de castigo previsto para la concreta figura del delito».

A pesar de estas razones que en ningún caso pueden considerarse de menor importancia, nuestro legislador recupera la figura de la conversión de faltas en delito y lo hace, a pesar de la polémica parlamentaria²¹. El párrafo segundo del art. 234 CP es introducido por la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros*, estableciendo que se aplicará la pena del delito de hurto cuando se cometan cuatro conductas constitutivas de falta en el plazo de un año y el montante acumulado supere el mínimo exigido para el delito.

El legislador pretende así dar respuesta a la preocupación ciudadana ante la existencia de sujetos que cometen pequeñas infracciones en repetidas ocasiones y la falta de una reacción penal que castigue dichas actuaciones. En la Exposición de Motivos se dispone que se trata de «medidas dirigidas a mejorar la aplicación de la respuesta penal a la habitualidad de la conducta».

Dos meses después de tener lugar la modificación legislativa mencionada anteriormente, la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, suprime el párrafo segundo del art. 234 CP, relativo a la conversión de la falta de hurto en delito.

Posteriormente, el *BOE* nº 65, de 16 de marzo de 2004 publicó una corrección de errores de la LO 15/2003, en virtud de la cual se reintroduce el antiguo párrafo segundo del art. 234 que había quedado derogado. Se restaura de este modo la vigencia de la disposición referente a la conversión de la falta de hurto en delito en caso de habitualidad.

²¹ AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», cit., pp. 17 y ss.

Llegados a este punto y a tenor de los hechos expuestos, debemos abordar el análisis de dos cuestiones esenciales.

Por un lado, cabe constatar que nuestro legislador no ha disipado las dudas que sostenía en la Exposición de Motivos de la *LO 8/1983, de 25 de junio*, acerca de la eficacia y la constitucionalidad de la conversión de faltas en delito. Resulta complicado comprender por qué motivo se reintroduce un tratamiento punitivo que veinte años antes fue eliminado por entender que pugnaba con el principio de legalidad, que constituye la base de un Estado de Derecho²².

Por otro lado, hay que hacer referencia a la corrección de errores que reintroduce el párrafo segundo del art. 234 CP, que había quedado derogado por la LO 15/2003, puesto que si esta cuestión no es abordada con detenimiento, puede pensarse que este es el cauce adecuado para reintroducir un párrafo previamente derogado.

Este modo de proceder tiene una desfavorable acogida por parte de la doctrina²³, que se plantea si nos encontramos ante un error de posible subsanación mediante una corrección de errores o si, por el contrario, con este modo de proceder el poder ejecutivo (asumiendo funciones legislativas) convierte en delito un comportamiento previamente destipificado mediante Ley Orgánica²⁴.

Para dar respuesta a esta cuestión, acudimos al *Real Decreto 1511/1986, de 6 de julio, de Ordenación del Diario Oficial BOE*, planteándonos si se trata de un error en la tramitación parlamentaria o de un error en la publicación. Si fuera un error de esta última clase estaríamos ante una simple «errata» producto de la reproducción inexacta del texto y entonces procede que la subsanación se lleve a cabo mediante una «corrección de errores», que es el procedimiento que se prevé en el art. 19.1.ª del RD 1511/1986.

²² REBOLLO VARGAS, R., «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011, *cit.*, p. 565.

²³ MELENDO PARDOS, M., «¿Crisis de ley? La corrección de errores como fuente del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 57, 2004, *cit.*, p. 110.

²⁴ ANDRÉS DOMINGUEZ, C. y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Corrección de errores en fraude de ley», en *Diario La Ley*, nº 6392, 2006, *cit.*, p. 3.

Sin embargo, el error se produjo en la tramitación parlamentaria. Esto es así porque el texto aprobado por el Congreso²⁵ únicamente hace referencia a la modificación del párrafo primero del art. 234, con la finalidad de adaptar las cuantías al euro. Sin embargo, es a partir del Dictamen de la Comisión²⁶ cuando la modificación afecta al mencionado precepto en su totalidad y se suprime la conversión de la falta en delito. Este texto publicado en el BOE de 26 de noviembre de 2003 es aprobado por el Pleno del Senado sin hacerse referencia alguna a este cambio de redacción, y finalmente por el Congreso.

En definitiva, nos encontramos ante una aprobación parlamentaria de un texto equivocado que contiene un error significativo, lo que conlleva una modificación del sentido de las normas. Dicho error no se advierte hasta después de la publicación en el BOE y, por tanto, se trata de un texto legal vinculante que expresa la voluntad del legislador²⁷. Como ha señalado la doctrina²⁸, en este supuesto no se tendría que haber utilizado la corrección de errores, sino que la subsanación se debería haber llevado a cabo por una «disposición del mismo rango», tal y como establece el art. 19.2. a b) del RD 1511/1986. Por tanto, la solución a la que acudió el Gobierno para el restablecimiento de la disposición en su antigua redacción es un mecanismo simplista y arbitrario que trata de eludir el procedimiento legalmente establecido y, por este motivo, carece de validez jurídica.

Por último, este párrafo segundo del art. 234 CP se modifica por la LO 5/2010, de 22 de junio, que rebaja, de cuatro a tres, el número necesario de faltas de hurto cometidas en el plazo de un año para su conversión en delito.

²⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, de 17 de septiembre de 2003, nº 145-14.

²⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado*, Serie II, de 28 de octubre de 2003, nº 145 (f).

²⁷ MELENDO PARDOS, M., «¿Crisis de ley? La corrección de errores...», *cit.*, p. 115.

²⁸ En este sentido, ANDRÉS DOMINGUEZ, C. y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Corrección...», *cit.*, p. 7.

IV. EL DELITO TIPIFICADO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 DEL CÓDIGO PENAL: LA CONVERSIÓN DE LA FALTA DE HURTO EN DELITO EN CASO DE HABITUALIDAD.

1. LOS ELEMENTOS DEL TIPO DELICTIVO DEL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 234 CP.

1.1. El tipo objetivo.

Como paso previo al análisis de la aplicación práctica que ha tenido el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234, es necesario mencionar los elementos que han de concurrir para la aplicación de dicho precepto.

Como ya hemos señalado, el legislador utiliza, para configurar esta figura delictiva, una técnica legislativa que consiste en castigar con la misma pena del delito de hurto la realización de un determinado número de faltas de hurto en un determinado plazo de tiempo.

Para que sea de aplicación el párrafo que nos ocupa, se exigen tres requisitos cumulativos:

- La comisión de tres infracciones que constituyan la figura recogida en el art. 623.1, es decir, tres faltas de hurto (que no hayan sido aún juzgadas ni estén prescritas).
- Que dichas faltas de hurto hayan sido cometidas en el plazo de un año.
- Que el montante acumulado derivado de tales infracciones sea superior al mínimo previsto para la figura del delito de hurto recogida en el párrafo primero del art. 234, esto es, superior a 400 euros.

El precepto que nos ocupa se remite a «la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623». Por tanto, lo primero que tiene que darse para que opere este artículo son faltas de hurto. Como ya es sabido, la única diferencia entre la falta y del delito de hurto estriba

en la cuantía de lo sustraído. Si es inferior o igual a cuatrocientos euros estamos ante una falta y si es superior a esa cantidad estamos ante un delito.

El delito de hurto constituye la figura básica de los delitos de apoderamiento y se encuentra regulado en el art. 234. 1 CP²⁹. Según la doctrina mayoritaria en España³⁰, el bien jurídico protegido por este precepto es la propiedad de las cosas muebles, la cual se llega a lesionar a través de la lesión previa de la posesión.

Por lo que respecta a la conducta típica constitutiva de hurto, el precepto hace referencia a la acción de tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño. El verbo «tomar» encierra al mismo tiempo acción y resultado³¹: por un lado, es necesario que el sujeto activo lleve a cabo un desplazamiento físico de la cosa³²; y, por otro, se requiere la incorporación de la cosa al patrimonio del sujeto activo³³.

A pesar de las teorías tradicionales³⁴ relativas a la precisión del momento consumativo del hurto, la tesis actualmente defendida por la doctrina y la jurisprudencia es la de la disponibilidad³⁵. Según esta teoría la consumación tiene lugar «cuando el autor, después de apoderarse de la cosa, tiene la posibilidad de disposición sobre la misma». De este modo, no es necesario un real y efectivo aprovechamiento de la cosa. No obstante, el sujeto activo deberá tener la posibilidad de ejercitar las acciones

²⁹ El art. 234 CP dispone que «El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excede de 400 euros».

³⁰ En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, *cit.*, p. 349 y ss.

³¹ QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edic., Thomson Reuters, Pamplona, 2011, *cit.*, p. 618, considera que la interpretación que se dé al verbo «tomar» ha de posibilitar la presencia típica de la idea de «adquisición de poder» sobre la cosa por parte del autor y de pérdida actual de la misma por parte de quien la tuviera.

³² ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio», en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Silva Sánchez (dir.), 3ª edic., Atelier, Barcelona, 2011, *cit.*, p. 202.

³³ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en *Derecho Penal español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), 1ª edic., Dykinson, Madrid, 2004, *cit.*, p. 435, donde se pone de manifiesto que tal efecto se alcanza cuando el sujeto tiene la disponibilidad del objeto material, aunque ésta sea mínima.

³⁴ Las cuatro teorías defendidas tradicionalmente son: teoría de la *contrectatio* (el delito se consuma con el simple tocar la cosa), teoría de la *aprehensio* (es necesario tocar y tener algún poder sobre la cosa), teoría de la *ablatio* (se exige el desplazamiento de la cosa del lugar en el que se encontraba) y teoría de la *illatio* (es necesario que la cosa se incorpore al patrimonio del sujeto activo).

³⁵ Al respecto véase MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, *cit.*, p. 383 y ALASTUEY DOBÓN, C., en *Lecciones de Derecho Penal, parte especial*, 2ª edic., Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 2014, *cit.*, p. 250.

dominicales y por ello, esta teoría exige algo más que desplazar la cosa del ámbito de poder del sujeto pasivo.

En cuanto al objeto material, éste ha de ser una «cosa mueble ajena». De este modo, se hace referencia a «todo objeto mueble con un valor económico determinado o determinable que puede ser objeto de derechos patrimoniales». Por tanto, deben darse las siguientes características: aprehensibilidad del objeto, esto es, que sea posible su traslado (cosa mueble); valor estimable en dinero (elemento esencial puesto que sirve para diferenciar el delito y la falta de hurto); y, además, las cosas deben ser ajenas, puesto que si la cosa pertenece al sujeto activo nos encontraremos ante otro tipo de figura (el *furtum possessionis* del art. 236 CP)³⁶.

Por otra parte, cuando el sujeto activo se apodera de una cosa mueble ajena debe hacerlo «sin la voluntad de su dueño». Por ello, el consentimiento del titular del bien jurídico protegido (el propietario del bien) excluiría la tipicidad del hurto. No obstante, la doctrina³⁷ mantiene que no es preciso que aparezca manifiesta la contraria voluntad del propietario, ya que la configuración del hurto únicamente hace referencia a tomar las cosas muebles ajenas sin la voluntad de aquel y no en contra de ello.

Como ya adelantamos más arriba, para que se dé el tipo delictivo previsto en el párrafo segundo del art. 234 del CP, son necesarios varios requisitos.

En primer lugar, es necesario que el sujeto activo «realice tres veces la acción descrita en el apartado 1 del artículo 623³⁸». Por lo que a esta cuestión se refiere hemos de señalar que, hasta la reforma operada por la *LO 5/2010*³⁹, el número necesario de faltas de hurto para su conversión en delito eran cuatro. Sin embargo, la tendencia criminalizadora da lugar a una rebaja del número necesario de dichas infracciones, de tal manera que ahora es necesario que se lleve a cabo la comisión de tres faltas de hurto.

³⁶ QUINTERO OLIVARES, G., «Comentarios a la Parte Especial...», *cit.*, p. 622.

³⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, *cit.*, p. 349 y ss.

³⁸ El art. 623. 1 CP dispone: «Serán castigados con localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses: 1. Los que cometan hurto, si el valor de lo hurtado no excediera de 400 euros...».

³⁹ Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Este primer requisito necesario para la construcción del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP plantea «no pocas dificultades interpretativas». En este sentido, la *Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas*⁴⁰ expone y resuelve las dudas que se suscitan en relación a esta primera exigencia.

En relación al número de faltas realizadas por el sujeto se plantea la cuestión de qué ocurre si se cometen más de tres faltas en el periodo de tiempo de un año. Al respecto, la citada Circular FGE establece que a partir de la tercera infracción habrá que enjuiciarlas separadamente como faltas. Según esto, si se dan, por ejemplo, cinco o más faltas homogéneas en el plazo de un año, las tres primeras integrarán el delito del párrafo segundo del art. 234 CP, mientras que las demás serán calificadas y enjuiciadas como faltas (normalmente en concurso real) en aplicación del art. 623.1 CP.

Por otra parte, para poder aplicar el delito es necesario que las faltas no hayan sido juzgadas. Sin embargo, no está claro qué debe entenderse por ello, planteándose la duda de si es necesario, para excluir la concurrencia del delito, que se haya dictado ya sentencia o basta con que se haya celebrado el juicio oral.

Tal y como se establece en la Circular FGE, el simple tenor de la ley no ofrece argumentos decisivos para dar respuesta a esta cuestión. Por este motivo, la Fiscalía acude a la Exposición de Motivos de la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, en la que se establece que mediante la introducción de este precepto «se pretende mejorar la respuesta penal que merece la habitualidad de la conducta “cuando los hechos cometidos con anterioridad no hubiesen sido aún juzgados ni condenados”». Este argumento se va a ver reforzado por el hecho de que cuando la ley permite que se

⁴⁰ La Circular FGE es del año 2003 y, por tanto, anterior a la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el párrafo segundo del art. 234 y se rebaja de cuatro a tres en número necesario para la conversión en delito. Por ello, todas las referencias al número de infracciones necesario que se hacen en la Circular son trasladadas al presente estudio según lo establecido en la última modificación del Código Penal.

tengan en cuenta las conductas enjuiciadas previamente para integrar una figura delictiva distinta, lo hace expresamente⁴¹.

A este respecto, la Circular FGE concluye que «basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta, ya que, una vez celebrado el juicio de faltas, éste sólo puede terminar por sentencia sobre el fondo del asunto». De ello se deduce, *a sensu contrario*, que pueden integrar la figura delictiva del párrafo segundo del art. 234 CP las faltas respecto a las cuales se haya iniciado el procedimiento, siempre y cuando no se haya celebrado el juicio oral. De este modo, y como veremos más adelante, se evita la vulneración del principio *non bis in idem*.

Otro elemento del tipo del delito del párrafo segundo del art. 234 CP es el relativo al criterio cronológico. Es necesario que las tres faltas de hurto se realicen «en el plazo de un año».

Al respecto, hay que mencionar otra de las cuestiones a las que hace referencia la Circular FGE. Se plantea si es posible que, para aplicar el delito, se puedan tomar en consideración hechos constitutivos de falta que se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la ley, siempre que la última falta se haya cometido con posterioridad a la entrada en vigor de la ley. La Circular FGE responde de modo negativo a esta cuestión haciendo referencia a la teoría de la acción, que se encuentra recogida en el art. 7 CP⁴² que dispone que «los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción». Por tanto, al encontrarnos ante un delito que consiste en una sucesión de infracciones «todos y cada uno de los actos han de haberse realizado durante la vigencia de la nueva ley».

⁴¹ En este sentido, el art. 173.3 *in fine* CP dispone: «Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores». Asimismo, el art. 623.1 *in fine* CP establece que «para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas».

⁴² Según el art. 7 CP «Los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en el que el sujeto ejecuta la acción».

Asimismo, en relación con la exigencia de la comisión de las faltas en el plazo de un año y con el requisito relativo al número de infracciones para construir la figura delictiva del precepto que nos acontece, va a ser requisito imprescindible que dichas infracciones constitutivas de falta no estén prescritas⁴³.

Como último requisito para que quede constituido el tipo objetivo hay que atender al valor de lo hurtado. En el párrafo segundo se dispone que es necesario «que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura de delito», es decir, superior a 400 euros. Por lo tanto, si el valor total de lo sustraído son 400 euros o menos, las infracciones habrán de ser juzgadas separadamente como faltas.

1.1 Tipo subjetivo.

En cuanto al tipo subjetivo es necesario que, en relación a cada una de las tres acciones, el sujeto actúe con dolo, es decir, con conciencia y voluntad de apoderarse de una cosa ajena sin la voluntad de su dueño⁴⁴.

Además, es necesario que en todas ellas concorra el elemento subjetivo de lo injusto del ánimo de lucro, que es definido por el Tribunal Supremo como «la intención del sujeto de obtener una ventaja patrimonial mediante la incorporación a su patrimonio de una cosa ajena⁴⁵». Tal y como mantiene el Tribunal, el ánimo de lucro permite deslindar las figuras típicas de apoderamiento previstas en el Código Penal de otras sustracciones con finalidad distinta y, por ello, constituye un elemento esencial en los delitos contra el patrimonio.

Como afirma el TS⁴⁶, en esta figura el ánimo de lucro se agota en el *ánimus rem sibi habendi*, esto es, en la voluntad de incorporar definitivamente la cosa sustraída al propio patrimonio del sujeto activo (ánimo de apropiación). Para configurar el tipo subjetivo del injusto basta con que el propósito del sujeto activo sea el enriquecimiento efectivo

⁴³ A los problemas que plantea esta exigencia me referiré *infra*.

⁴⁴ En este sentido, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1994, cit., p. 363, se define el dolo como «la conciencia y voluntad de la realización de los elementos objetivos del tipo...».

⁴⁵ Sentencia núm. 297/2000, de 22 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala de la Penal), FJ único.

⁴⁶ Sentencia núm. 368/2000, de 10 de marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), FJ. Único.

de su patrimonio, siendo indiferente que llegue a alcanzarse o no el beneficio o ventaja pretendido. Por tanto, no nos encontramos ante una figura de enriquecimiento⁴⁷.

2. LA POSIBLE CONTRADICCIÓN DE ESTE PRECEPTO CON PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENAL.

Como ya expusimos en el apartado dedicado a los antecedentes históricos, la vigencia del párrafo segundo del art. 234 del CP es discutida por la doctrina, que pone de relieve los problemas que plantea la aplicabilidad de este precepto, tanto desde un punto de vista material como desde un punto de vista formal.

Desde un punto de vista material, el mecanismo relativo a la conversión de tres faltas de hurto en delito para enjuiciar la recaída en el delito debe adecuarse a los principios recogidos en nuestra Constitución. Tal y como señala Aguado López⁴⁸, como consecuencia de dicha conversión se produce un incremento punitivo por encima de la pena que corresponde a cada una de las infracciones por separado. Por ello, este mecanismo debe estar justificado en atención a principios constitucionales, tales como el principio de legalidad, el principio *non bis in idem*, el principio de proporcionalidad, así como los principios de igualdad y presunción de inocencia.

El punto de partida del análisis constitucional de la técnica legislativa relativa a conversión de faltas en delito lo encontramos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio⁴⁹. A pesar de que el pronunciamiento recogido en ésta es relativo a la constitucionalidad de la agravante de reincidencia va a servir de referencia para cuestionar la constitucionalidad del precepto que nos ocupa.

En primer lugar, se puede cuestionar el mecanismo de la conversión desde el prisma del principio de legalidad, principio fundamental recogido en los arts. 9.3 y 25.1 de la CE. Este principio garantiza, por un lado, la tipificación en la ley de los delitos y sus

⁴⁷ GONZÁLEZ RUS, J.J., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en *Derecho Penal español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), 1ª edic., Dykinson, Madrid, 2004.

⁴⁸ AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», *cit.*, pp. 55 y ss.

⁴⁹ La STC se pronuncia a raíz de una cuestión de constitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción de Daroca en relación con la circunstancia agravante nº 15 del art. 10 CP relativa a la reincidencia (hoy recogida en el nº8 del art. 22) por entender que esta norma vulnera varios principios constitucionales. El ponente López Guerra resuelve la cuestión de constitucionalidad declarando la plena compatibilidad de la agravante de reincidencia con la Constitución.

correspondientes penas y, por otro, una tipificación taxativa y precisa, traducción de la seguridad jurídica que debe estar presente en todo ordenamiento jurídico⁵⁰.

En este sentido, se puede cuestionar la viabilidad de esta técnica legislativa atendiendo a la exigencia *lex certa*. Según se plasma en el STC 150/1991, dicha exigencia no es vulnerada por el «empleo de las normas sancionadoras de conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan prever, con suficiente seguridad, la conducta regulada».

Como hemos ido exponiendo, la lectura del párrafo segundo del art 234 del CP plantea numerosas dudas acerca de su aplicación. Así, el tenor literal no aclara si las tres faltas necesarias para la conversión deben haber sido juzgadas y condenadas. Por tanto, se vulneraría el principio de taxatividad y se atentaría a la seguridad jurídica.

Asimismo, es necesario analizar si la técnica relativa a la conversión de faltas en delito vulnera el principio *non bis in idem*⁵¹, íntimamente ligado con el principio de legalidad recogido en el art. 25. 1 de la CE. Como ya se ha mencionado más arriba y a raíz de lo dispuesto en la Circular 2/2003 FGE, las tres faltas necesarias para aplicar este mecanismo no han de estar «juzgadas ni condenadas»⁵². Por tanto, al no existir conductas previamente castigadas, no se va a infringir este principio constitucional.

Por otro lado, la agravación de la pena que supone la aplicación del delito del párrafo segundo con respecto a la que resultaría de aplicar un concurso real de faltas puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad de la pena, garantía de todo ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

En efecto, el párrafo segundo del art. 234 CP se remite al párrafo primero del mismo artículo, es decir, a la pena del tipo básico del hurto. Por tanto, cuando se den los

⁵⁰ AGUADO LÓPEZ, S., «*La multirreincidencia y la conversión...*», *cit.*, p. 63.

⁵¹ Sobre el principio *non bis in idem* (nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos) véase BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Los principios del Derecho Penal», en *Derecho Penal. Parte General*, (Coordinado por Romeo Casabona y otros), 1ª edic., Comares, Granada, 2013.

⁵² Ya se ha aclarado *supra* que sí cabe la posibilidad de integrar las faltas para la construcción del delito respecto de las cuales se haya iniciado el procedimiento procesal oportuno, siempre y cuando no se haya celebrado el juicio oral y, por ende, no se haya dictado sentencia.

elementos de la figura delictiva del párrafo segundo del art. 234 CP, el sujeto será castigado con la pena de prisión de seis a dieciocho meses. De este modo, la pena prevista para el delito que nos ocupa resulta más elevada que sancionar las tres faltas en concurso real, puesto que deja de aplicarse la pena de localización permanente o la multa⁵³ y se aplica la prisión. Así, tres faltas de hurto del art. 623.1 del CP sumarían como máximo una pena de localización permanente de treinta y seis días o una multa de seis meses. Sin embargo, si se aplica la figura delictiva del párrafo segundo del art. 234 CP el sujeto activo será castigado con una pena de prisión como mínimo de seis meses.

Por lo tanto, con la aplicación del delito objeto de este estudio se rebasa el marco penal concreto de las faltas, así como la frontera entre el delito y la falta, puesto que se aplica la pena del delito: la prisión. Ello diferencia a esta figura delictiva de la reincidencia, puesto que la aplicación de esta última no supone imponer una pena superior a la prevista para el delito concreto, sino una pena en su mitad superior.

Como señala la STC 150/1991, «el juicio de proporcionalidad de la pena, tanto en lo que se refiere a la previsión general en relación con los hechos punibles como a su determinación en concreto en atención a los criterios y reglas que se estimen pertinentes, es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella». Por tanto, deben compaginarse la autonomía del legislador a la hora de elegir el precepto y la sanción a imponer con el control de la constitucionalidad.

Para cuestionar la técnica legislativa que consiste en convertir faltas en delito, vamos a traer a colación el esquema del triple test de proporcionalidad clásica al que se hace referencia en el fundamento jurídico 23º de la STC 136/1999⁵⁴:

⁵³ En el art. 623.1 CP se castiga al sujeto que cometa una infracción constitutiva de falta de hurto «con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses».

⁵⁴ Sentencia núm. 136/1999, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional (Pleno), en la que se estima el recurso de amparo interpuesto por los integrantes de la Mesa Nacional de Herri Batasuna contra la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997. Entiende el TC que el art. 174 bis. a) del CP de 1973 (delito de colaboración con banda armada), era manifiestamente contrario al principio de proporcionalidad. La pena prevista para este delito (siete años de prisión mayor y

– En primer lugar, «si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes desde el punto de vista social». Como ya hemos señalado, el bien jurídico protegido del delito de hurto es el patrimonio. Puesto que no se estamos ante un bien de carácter personalísimo como son la vida o la integridad física, se puede cuestionar la proporcionalidad de la figura delictiva prevista en el párrafo segundo del art. 234 CP en atención a la relevancia del bien jurídico protegido con respecto a otros bienes jurídicos.

– En segundo lugar, debe comprobarse «si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión». Como ya hemos visto, el objetivo del precepto que nos ocupa es la prevención general⁵⁵: por un lado, con el aumento de la pena se persigue la intimidación de los ciudadanos y, por otro, se tranquiliza a los ciudadanos frente a la inseguridad derivada de la delincuencia habitual. Sin embargo, no considero que esta técnica legislativa sea el medio más adecuado para hacer frente a la delincuencia profesionalizada. La idoneidad de esta medida es cuestionable puesto que es dudoso que el aumento de la pena pueda intimidar al delincuente que se dedica profesionalmente a cometer este tipo de infracciones y, además endurecer la respuesta penal puede resultar insuficiente para luchar frente a la delincuencia a largo plazo.

– Por último, «si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena»⁵⁶. A este respecto, hay que señalar que el precepto que nos ocupa prevé la aplicación de la pena del delito a las faltas de hurto cuando se den los requisitos tipificados. Por lo tanto, en mi opinión, se vulneraría el principio de proporcionalidad, puesto que frente a infracciones aisladas se aplica la pena prevista para una falta y, sin embargo, por la simple habitualidad de

multa de 500.000 ptas.) era ampliamente desproporcionada en relación con la escasa entidad del acto de colaboración que se llevó a cabo (remitir cintas a diversos organismos públicos).

⁵⁵ Sobre la prevención general véase CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho...», *cit.*, p. 14

⁵⁶ Como afirma Cerezo Mir, la pena debe encontrar su justificación en el delito que se ha cometido y en la necesidad de evitar la comisión de nuevos delitos en el futuro en CEREZO MIR, J., «Curso de Derecho...», *cit.*, p. 14.

dichas infracciones el legislador responde con la pena del delito de forma automática, sin tener en cuenta la gravedad de los hechos acaecidos⁵⁷.

Señala Aguado López⁵⁸ que ya con anterioridad a la introducción del párrafo segundo del art. 234 CP, cuando la repetición de faltas se castigaba mediante la aplicación del delito continuado, se cuestionó la aplicación de la pena en la mitad superior por infringir los principios de proporcionalidad y *non bis in ídem*.

También se ha cuestionado este delito desde el punto de vista del principio de culpabilidad, principio fundamental del derecho penal, que se constituye como una garantía del ciudadano frente al poder punitivo del Estado, pese a no tener un reconocimiento expreso en nuestra Constitución.

El TC, en el FJ 4º de la Sentencia 150/1991, define el principio de culpabilidad de un modo negativo, excluyendo el derecho penal de autor. De este modo, el Tribunal afirma que «la CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal, de manera que no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal “de autor” que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos».

Por ello, como señala Aguado López⁵⁹, para conocer el contenido del principio de culpabilidad hay que acudir a la formación doctrinal del mismo. En este sentido, estaríamos ante «un concepto normativo o jurídico que consiste en reprochar al sujeto la comisión de un hecho delictivo».

⁵⁷ Tal y como afirma Cerezo Mir, la pena señalada en un precepto ha de ser justa, adecuada a la gravedad del delito cometido, y necesaria para el mantenimiento del orden social. Debe existir una proporcionalidad entre la pena y el delito, puesto que si la pena rebasa la gravedad del delito en virtud de las exigencias de prevención general, el delincuente es utilizado como instrumento para el mantenimiento del orden social. Si se rebasa la gravedad del delito en virtud de las exigencias de la prevención especial, al delincuente se le considera como un fin puesto que se trata de corregirle. En CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1994, cit., p. 31.

⁵⁸ AGUADO LÓPEZ, S., «*La multirreincidencia y la conversión...*», cit., p. 93 y la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial.

⁵⁹ AGUADO LÓPEZ, S., «*La multirreincidencia y la conversión...*», cit., p. 94, donde se establece que «el principio de culpabilidad comprende dos subprincipio o garantías: “no hay pena sin culpabilidad” y “la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad por el hecho”».

Pues bien, a mi juicio, esta técnica legislativa es dudosa desde la óptica del principio de culpabilidad, pues no queda claro cuál es el fundamento de la mayor pena que representa la aplicación de la pena del delito de hurto con respecto a la que resultaría del grado real de culpabilidad de los hechos cometidos por el sujeto: el que corresponde a un concurso de faltas.

Asimismo, es necesario cuestionar la técnica legislativa utilizada en el párrafo segundo del art. 234 CP desde el punto de vista del principio de igualdad. Atendiendo a lo dispuesto en el art. 14 de la CE y a la doctrina sentada por el TC⁶⁰, este principio «obliga al legislador a no introducir entre los ciudadanos diferenciaciones carentes de todo fundamento razonable, esto es, no orientadas a la obtención de un fin constitucionalmente lícito, o no articuladas en torno a rasgos o elementos que resulten pertinentes para la diferenciación normativa».

Tal y como señala Aguado López⁶¹, aunque pueda parecer más razonable acudir a otras opciones distintas para tratar la recaída en el delito, al existir una diferencia entre el delincuente que vuelve a recaer en el delito y el delincuente ocasional, la conversión de faltas en delito no sería una opción totalmente arbitraria. Sin embargo, los antecedentes penales pueden ocasionar efectos negativos desde el punto de vista de la prevención especial. De este modo, se dificultaría una de las finalidades de la pena recogida en el art. 25.2 CE: la reinserción social del delincuente.

Finalmente, la aplicación automática de la conversión en delito de las tres faltas cometidas en un año podría atentar contra el principio de presunción de inocencia reconocido en el art. 24 de la CE. Como señala Rodríguez Mourullo⁶², al no existir posibilidad de probar que la recaída en la comisión de faltas puede ser ocasional y no habitual, dicha aplicación automática entraña una presunción *iuris et de iure* de peligrosidad.

⁶⁰ Sentencia núm. 150/1991, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional (FJ 6º) donde se establece que el aumento de la pena al reincidente no es contrario al principio de igualdad porque es una opción legislativa no arbitraria. Sostiene que de la misma regulación legal de la agravante de reincidencia se desprenden los criterios objetivos tenidos en cuenta por el legislador para establecer un trato punitivo distinto para los delincuentes reincidentes respecto de los no reincidentes.

⁶¹ AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», *cit.*, p. 105.

⁶² RODRIGUEZ MOURULLO, G., «Aspectos críticos de la elevación de la pena en casos de multirreincidencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 25, 1972, *cit.*, p. 296. AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», *cit.*, p. 106.

Una vez expuestos los problemas que presenta la figura delictiva prevista en el párrafo segundo del art. 234 CP desde un punto de vista material, en atención a los principios constitucionales, vamos a referirnos a los problemas que plantea este precepto desde un punto de vista formal, haciendo referencia a los posibles obstáculos que pueden presentarse a la hora de aplicarlo.

3. PROBLEMAS DE APLICACIÓN.

3.1. La prescripción de las faltas.

Como ya hemos señalado, para que tenga lugar la conversión de las tres faltas de hurto en delito es preciso que tales infracciones no hayan sido juzgadas previamente. Por ello, en este punto vamos a tomar en consideración la posible incidencia del instituto de la prescripción⁶³.

Para aplicar este delito es necesario que las tres infracciones se cometan en el plazo de un año. Sin embargo, no nos podemos olvidar de que según lo dispuesto en el art. 131.2 del CP, las faltas prescriben a los seis meses. De este modo, puede darse el caso de que se cometan tres infracciones constitutivas de falta de hurto en el periodo de un año pero que entre la primera y la última haya transcurrido un plazo de más de seis meses.

A la hora de abordar esta cuestión, un sector de la doctrina⁶⁴ considera que el injusto derivado de la habitualidad de la conducta aparece en el momento en que se realiza la última falta, lo que conduciría a incluir las faltas prescritas. Entienden que de otro modo se reduciría el ámbito de aplicación de este precepto.

⁶³ Se trata de un mecanismo que opera *ipso iure* y que los jueces deben apreciar de oficio. En concreto, como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 157/1990, de 18 de octubre, «la prescripción de la infracción penal, institución de larga tradición histórica y generalmente aceptada, supone una autolimitación o renuncia del Estado al *ius puniendi* por el transcurso del tiempo, que encuentra también fundamentos en principios y valores constitucionales, pues toma en consideración la función de la pena y la situación del presunto inculpaado, su derecho a que no se dilate indebidamente la situación que supone la virtual amenaza de una sanción penal, lo que ha de ponerse en conexión también con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas».

⁶⁴ SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad...», *cit.*, p. 127.

Sin embargo, la Circular FGE 2/2003⁶⁵ rechaza la posibilidad de tomar en consideración las faltas prescritas para construir el supuesto de hecho del párrafo segundo del art. 234 del CP. En el caso de que haya recaído un auto firme de archivo por prescripción en alguno de los juicios de faltas, la posibilidad de integrar esa falta para la conversión en delito pugnaría con el principio de seguridad jurídica. Por el contrario, si hubiera recaído auto firme de archivo por un motivo distinto de la prescripción, «siempre cabría la posibilidad de reabrir el procedimiento y tomar en consideración la falta para integrar la nueva figura de delito».

Por otra parte, la Circular FGE 2/2003 establece que este delito se configura como un delito complejo, derivado de una pluralidad de actos y, por ello, a efectos del cómputo del plazo de prescripción del delito no se considerarían cada una de las tres faltas aisladamente⁶⁶. Por tanto, «habría que tener en cuenta únicamente que no hubiese transcurrido el plazo de prescripción del delito, contado a partir de la fecha de comisión de la última de las faltas, siempre – claro está – que no mediase más de un año entre las fechas de comisión de la primera y la última». Esto quiere decir que en el caso de que se cometan tres infracciones constitutivas de falta (en el plazo de un año), con la comisión de la última automáticamente se produce la conversión en delito y, por ello, el plazo de prescripción de éste se cuenta a partir de la fecha en que tiene lugar la aplicación del delito⁶⁷.

Llegados a este punto, se puede plantear el caso de encontrarnos ante un sujeto que lleva a cabo la comisión de más de tres infracciones constitutivas de falta de hurto en el plazo de un año. En tal situación y según lo expuesto en este estudio, las tres primeras se convertirían automáticamente en delito de hurto, mientras que las restantes serían enjuiciadas aisladamente como faltas de hurto. La duda que se plantea es que ocurriría en ese caso con los plazos de prescripción.

⁶⁵ Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

⁶⁶ Remisión a la referencia nº 17.

⁶⁷ En este sentido, el art. 131.1 CP dispone: «Los delitos prescriben:

A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años.

A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años.

A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez.

A los cinco, los demás delitos, excepto los de injuria y calumnia, que prescriben al año».

Para resolverlo, debemos traer a colación la SAP de Lleida de 15 de enero de 2014⁶⁸ en la que se resuelve el recurso por el que el acusado alega la prescripción de las seis faltas que conforman los dos delitos de hurto, puesto que se han cometido durante el año 2008 y no se enjuician hasta junio de 2013.

Se castiga al sujeto activo como autor de un delito de hurto y de dos faltas de hurto⁶⁹ considerando que tales infracciones no pueden considerarse prescritas. Para fundamentar dicha afirmación se hace referencia al Acuerdo no jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010⁷⁰ que establece que para fijar el plazo de prescripción del conjunto punitivo enjuiciado «ha de partirse del delito más grave declarado cometido por el Tribunal sentenciador».

Asimismo, la AP de Lleida establece que el plazo de prescripción del delito del párrafo segundo del art. 234 CP comienza a contar desde que se comete la última acción que integra el tipo penal del art. 234.2 del CP.

Por tanto, al aplicar la conversión en delito de hurto prevista en el párrafo segundo del art. 234 CP y éste considerarse menos grave, el plazo de prescripción va a ser el establecido en el art. 131.1 del CP, esto es, cinco años. De este modo, para fijar el plazo de prescripción de las faltas que concurren con el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP no cabe apreciar su prescripción autónoma, sino que habrá de considerar la establecida para el delito de hurto (el delito más grave)⁷¹.

3.2. La relación con el delito continuado.

En la práctica, puede darse el caso de que nos encontremos con una reiteración de faltas de hurto subsumibles en el tipo del párrafo segundo del art. 234 del CP y, al

⁶⁸ Sentencia núm. 9/2014, de 15 de enero de 2014, de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª).

⁶⁹ Se condena al recurrente como autor de dos delitos de hurto conformados por seis faltas en aplicación del art. 234 párrafo segundo del CP. El apelante alega error en la calificación de los hechos y se le da la razón, de tal manera que finalmente debe responder por un delito de hurto del art. 234 párrafo segundo CP resultante de la agrupación de cuatro faltas y por dos faltas de hurto.

⁷⁰ Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2010 (Sala de lo Penal).

⁷¹ Sentencia núm. 592/2006, de 28 de abril, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), FJ 1º.

mismo tiempo, en la figura del delito continuado del art. 74.2 del CP⁷², si se dan los requisitos exigidos para que este último concurra⁷³.

Tal y como se establece en la Consulta nº 3/1999 FGE⁷⁴, la figura del delito continuado permite imponer la pena del delito teniendo en cuenta el perjuicio total causado, sancionando como un único delito continuado la comisión de varias faltas si el perjuicio total causado supera la cuantía propia del delito. Es decir, en el caso de que se cometan tres faltas continuadas de hurto por valor de 200 euros, se tendrá en cuenta que el valor total de lo sustraído es de 600 euros, de este modo, el Juez deberá apreciar un delito de hurto en lugar de tres faltas.

Antes de adentrarnos en las distintas opciones existentes para resolver las relaciones entre ambas previsiones, debemos hacer mención a los presupuestos necesarios para aplicar el delito continuado. Tal y como señala la jurisprudencia⁷⁵, son necesarios seis requisitos que deben darse de forma cumulativa:

- a) Pluralidad de hechos delictivos, diferenciables entre sí y enjuiciados en un mismo proceso.
- b) Un único dolo en la acción, que implica unidad de resolución y propósito criminal. Se requiere una trama preparada con carácter previo, programada para la realización de varios hechos.
- c) Unidad de precepto penal violado o, al menos, de preceptos semejantes («semejanza de tipo»).
- d) Homogeneidad en el *modus operandi*.

⁷² El art. 74. 2 CP dispone: «Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas».

⁷³ Dice el art. 74.1 CP: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados...».

⁷⁴ Consulta núm. 3/1999, de 17 de febrero, de la Fiscalía General del Estado, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial.

⁷⁵ Véase las SSTs núm. 531/2000, de 22 marzo y núm. 820/2005, de 23 de junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

- e) Identidad en el sujeto infractor, pues el dolo unitario requiere un mismo autor.
- f) Conexidad temporal, de modo que no haya transcurrido un lapso de tiempo excesivo entre los hechos aislados.

Por lo tanto, dados los requisitos que se exigen para aplicar el delito continuado, se debe poner de manifiesto que el delito del párrafo segundo del art. 234 CP y el delito continuado no siempre van a concurrir. Únicamente concurrirán cuando se den todos los requisitos para aplicar ambos preceptos. De este modo, lo primero que debe hacerse es comprobar que se den las exigencias de ambos. En caso de que tenga lugar dicha concurrencia, la doctrina ofrece diversas opciones de proceder.

Como señala Sanz-Díez de Ulzurrun⁷⁶, un sector de la doctrina considera que estamos ante preceptos con una misma finalidad y, por ello, existe un concurso de leyes que se debe resolver a favor del párrafo segundo del art. 234 del CP por aplicación del principio de especialidad recogido en el art. 8.1º del CP, o bien, resolverse por el principio de absorción establecido en el art. 8.3º del CP. Sea como fuere, estaríamos ante una «derogación parcial» de la figura del delito continuado.

Otro sector, considera que nos encontramos ante «normas complementarias» que presentan requisitos distintos. Mientras que para que se aprecie el delito continuado del art. 74.2 CP no es necesario un número determinado de faltas, para aplicar la conversión en delito del párrafo segundo del art. 234 CP se exigen tres faltas en el plazo de un año. Sin embargo, el delito continuado, a diferencia del mecanismo de conversión, exige que la pluralidad de infracciones responda a un plan preconcebido. Por ello, cuando se den las exigencias anteriormente expuestas se aplicaría la figura del delito continuado, mientras que si falta alguna de ellas será de aplicación el tipo previsto en el art. 234.2 del CP.

Por último, y al margen de las posiciones anteriores, otro sector de la doctrina considera, de acuerdo con la Circular 2/2003 FGE, que estamos ante un concurso de

⁷⁶ SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad...», *cit.*, pp. 123 y ss.

leyes a resolver por el principio de alternatividad recogido en el art. 8.4 del CP. Por tanto, habrá de formularse acusación por el delito que tenga previsto la imposición de una pena más grave. Sin embargo, como se señala en la Circular FGE, ambos preceptos establecen «la aplicación de la misma pena, la correspondiente al delito respectivo», por ello, esta forma de resolver el concurso de leyes «carece de interés práctico».

Esta última afirmación expuesta en la referida Circular FGE no puede pasar desapercibida puesto que va a ser una de las razones por las que la escasa jurisprudencia existente aplica el principio de especialidad, que da lugar a la aplicación del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP y no el delito continuado.

Esta es la solución adoptada, por ejemplo, por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 319/2011, de 7 de julio⁷⁷. Según los hechos probados, el autor habría cometido cuatro infracciones con motivo de la sustracción de artículos en un centro comercial que en sí mismos no son constitutivos de delito sino de falta por no superar la cantidad de cuatrocientos euros.

En su fundamento jurídico tercero se señala que dado que la suma de todos los productos supera los cuatrocientos euros estaríamos ante un delito continuado de hurto del art. 74.2 del CP. Sin embargo, la Sentencia continúa diciendo que, en virtud del principio de especialidad, la condena debe basarse en el párrafo segundo del art. 234 CP, al estar tipificada específicamente la comisión de tres faltas de hurto en el plazo de un año.

⁷⁷ Se debe dejar constancia de la falta de mención en la propia sentencia de la cuarta infracción. Es decir, se cometen cuatro infracciones constitutivas de falta en cuatro establecimientos distintos y se condena a la autora de las mismas por un delito de hurto en aplicación del mecanismo de conversión. Sin embargo, como ya se ha expuesto, para que se produzca la conversión son necesarias tres infracciones constitutivas de falta. En este caso se cometen cuatro faltas de hurto ¿qué ocurre con la cuarta falta? En la sentencia se omite esta cuestión. Como ya hemos resuelto anteriormente, a partir de la tercera infracción, las restantes serán juzgadas separadamente como faltas de hurto.

Sin embargo, en la propia sentencia se hace referencia a la no incompatibilidad de los arts. 74.2 y 234, «piénsese en el supuesto de seis o más faltas de hurto cometidas en el plazo de un año, en ese caso sí estaríamos ante un delito continuado de hurto». Esta afirmación iría en contra de lo dispuesto en la Circular 2/2003 FGE que, como ya hemos señalado, en caso de que se cometan cinco o más falta homogéneas en el plazo de un año «habrá que penar separadamente como faltas aquellas que excedan de la cuarta».

3.3. La necesidad de que las faltas no hayan sido juzgadas: el procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas.

Ha llegado el momento de hablar del verdadero obstáculo para la puesta en práctica del mecanismo de conversión de faltas de hurto en delito en caso de habitualidad: la regulación de los juicios de faltas, que tiene como consecuencia el rápido enjuiciamiento de las faltas, lo que impide, como hemos visto, la aplicación del delito del párrafo segundo del art. 234 CP.

En los procesos para el enjuiciamiento de las faltas, no existe instrucción, ni fase intermedia, pasándose inmediatamente, siempre que ello sea posible, a la celebración del juicio oral, donde se practican las pruebas que el Juez estime pertinentes, por lo que la acusación se formaliza en el acto del juicio. Se caracteriza por su simplicidad y rapidez, sin merma de las garantías procesales, en razón de la escasa gravedad de las infracciones que constituyen su objeto y de las penas con que se sancionan.

Como establece Gimeno Sendra⁷⁸, en la LECrim se prevén dos procedimientos diferentes para juzgar las faltas. El primero, es el previsto en el art. 962.1 LECrim, que se aplica cuando los hechos presenten el carácter de faltas de lesiones (art. 617. 1 CP), falta de hurto cuando sea flagrante⁷⁹ (art. 623.1 CP) y falta de amenazas a parientes, cónyuge o persona ligada por una relación de afectividad (art. 620 del CP, en relación con el art. 173.2 del CP). El segundo está previsto en el art. 964 LECrim cuando los hechos tengan la consideración de falta tipificada en el libro III del CP y no sea uno de los supuestos mencionados.

En el primer caso, la Policía Judicial debe proceder «de forma inmediata» a citar a los perjudicados, denunciante, denunciado y posibles testigos ante el Juzgado de

⁷⁸ CORTES DOMINGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V., Lecciones de Derecho Procesal Penal, 2ª edic., Colex, Madrid, 2003.

⁷⁹ Para definir el hurto flagrante debemos acudir al art. 795.1.1ª LECrim: «Se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él».

guardia. Por tanto, para que tenga lugar el juicio rápido⁸⁰, la falta de hurto ha de ser flagrante y deben concurrir dos presupuestos⁸¹: la presencia de atestado policial y el presunto responsable deberá haber sido detenido e identificado y citado para comparecer en calidad de imputado ante el juzgado de guardia.

Por otro lado, cuando nos encontremos ante el procedimiento del art. 962 LECrim, en el apartado segundo de dicho precepto se establece que el juicio de faltas será celebrado «de forma inmediata». No obstante, en el art. 965 LECrim se recoge una salvedad cuando la celebración del juicio no fuere posible durante el servicio de guardia y establece que el señalamiento para dicha celebración deberá ser «en un plazo no superior a siete días». Cuando por cualquier motivo justo no pueda celebrarse el juicio de faltas en el día señalado o no pueda concluirse en el mismo día, el art. 968 LECrim establece que deberá señalarse una fecha de celebración «en todo caso» dentro de los siete días siguientes. La Sentencia deberá dictarse por el Juez al finalizar el juicio oral y, de no ser posible, «dentro de los tres días siguientes», tal y como dispone el art. 973.1 LECrim.

En definitiva, como señalan Sanz-Díez de Ulzurrun⁸² y Rebollo Vargas⁸³, estemos ante una falta flagrante de hurto o ante cualquier infracción constitutiva de hurto, el plazo legal establecido para su enjuiciamiento es, como máximo, de diecisiete días (los siete días prorrogables por otros siete para la celebración del juicio más los tres días para dictar sentencia).

Por este motivo, es difícil comprender que se haya introducido en el Código penal un delito para cuya aplicación son necesarias tres faltas que no hayan sido juzgadas en el plazo de un año. La única situación que podría darse para la puesta en práctica de este

⁸⁰ El art. 963 LECrim dispone: «1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el Juez de guardia estima procedente la incoación de juicio de faltas, decidirá la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el Juzgado reputare innecesaria su presencia. Asimismo, para acordar la inmediata celebración del juicio, el Juzgado de guardia tendrá en cuenta si ha de resultar imposible la práctica de algún medio de prueba que se considere imprescindible.

2. Para acordar la celebración inmediata del juicio de faltas, será necesario que el asunto le corresponda al Juzgado de guardia en virtud de las normas de competencia y de reparto».

⁸¹ MORENO CATENA, V. (Dir.), *Esquemas de Derecho Procesal Penal*, t. III, 3ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

⁸² SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad...», *cit.*, pp. 128.

⁸³ REBOLLO VARGAS, R., «Reflexiones y propuestas...», *cit.*, p. 577.

precepto es que las tres infracciones constitutivas de falta de hurto se hayan cometido en el mismo día o un plazo de tiempo muy breve (el señalado en la LECrim para la celebración del juicio oral).

3.4. La ausencia de registros para infracciones constitutivas de falta «no enjuiciadas ni condenadas».

Junto a los problemas de aplicación expuestos puede aparecer otro: la falta de conocimiento de las infracciones cometidas anteriormente que puedan llegar a integrar el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP.

Como ya hemos visto, el fundamento para que sea de aplicación la conversión de faltas en delito radica en la habitualidad de la comisión. Ahora bien, para llevar a cabo un control de dicha habitualidad sería preciso que existiera un Registro donde se anoten o inscriban las infracciones constitutivas de falta.

El *RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia* no da la solución a este problema, puesto que solo se prevé un sistema integrado por las bases de datos de los Registros siguientes: Registro Central de Penados, Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes, Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica y de Género, Registro Central de Rebeldes Civiles y el Registro Central de Sentencias de Responsabilidad Penal de los Menores.

En definitiva, para que sea de aplicación la conversión de las tres faltas de hurto en delito sería necesario un Registro en el que se hicieran constar las tres infracciones que no han sido juzgadas o que aporte información sobre los juicios de faltas señalados que se encuentren pendientes de enjuiciar. Es decir, sería necesario un Registro de «infracciones» en el que se prevean los datos del sujeto infractor, el valor de los objetos hurtados y la fecha en que se cometieron. De este modo, cuando un sujeto realizara una infracción constitutiva de falta de hurto, podría accederse a este Registro para comprobar si es la primera, la segunda o la última y, en este último caso, se podría proceder a la aplicación del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP.

4. LA APLICACIÓN JURISPRUDENCIAL.

Va a ser en este apartado de la investigación donde se va a dejar constancia de la escasa aplicación del párrafo segundo del art. 234 del CP y, de ahí, la referencia en la introducción de este estudio a «la no aplicación jurisprudencial».

Han sido únicamente tres las sentencias encontradas en las que se aplica el citado delito. Vamos a proceder de manera breve a extraer algunos de los aspectos fundamentales de las tres sentencias, pese a que algunos ya han sido expuestos, y posteriormente sacaremos las conclusiones que procedan.

La primera Sentencia que aplica el delito previsto en el párrafo segundo del art. 234 CP es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria 319/2011, de 7 de julio. Se resuelve un recurso de apelación interpuesto por la autora de los hechos (una menor) frente a la Sentencia que le condena como autora de un delito continuado de hurto de los arts. 234 y 74 del Código Penal a la realización de tareas socioeducativas por tiempo de ocho meses y a la indemnización (solidariamente con sus representantes legales) a los cuatro establecimientos perjudicados por sus infracciones.

Según los hechos probados, la ropa y objetos sustraídos por la menor en cada establecimiento no superan los cuatrocientos euros, aunque sí supera esta cantidad el montante acumulado de las cuatro. Por otra parte, las cuatro infracciones se realizan en el mismo día.

Pese a que el recurso de apelación se interpone por la valoración de la prueba, finalmente el Tribunal considera que debe procederse a una corrección de naturaleza jurídica. En primer lugar, establece que al no superar el valor de cada infracción los cuatrocientos euros estaríamos ante una falta continuada de hurto (art. 74.1 CP). No obstante, el Tribunal considera que al superar la suma de todas las infracciones los cuatrocientos euros estaríamos ante un delito (art. 74.2 CP). Seguidamente, por

aplicación del principio de especialidad, se le condena con la pena del delito de hurto por aplicación del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 del CP⁸⁴.

Pasamos a analizar la Sentencia del Juzgado de Instrucción de Pamplona 390/2012, de 23 de agosto, por la que se condena a la autora como responsable de un delito de hurto del párrafo segundo del art. 234 del CP, concurriendo la circunstancia atenuante de responsabilidad criminal prevista en el art. 21.2 (grave adicción) a la pena de cuatro meses de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo y pago de costas.

Los hechos cometidos por la acusada constituyen varias infracciones que en sí mismas consideradas serían constitutivas de falta de hurto al no superar por separado la cantidad de cuatrocientos euros, pero el valor total de los efectos sustraídos alcanza la suma de 787'46 euros. Las infracciones son cometidas en tres días diferentes: el 2 de agosto, el 17 de agosto y el 22 de agosto, y la causa se tramita por un procedimiento de juicio rápido en el juzgado de instrucción de Navarra el día 23 de agosto, iniciado a partir del atestado policial presentado ante el Juzgado de Guardia.

Es de destacar que en el fundamento jurídico tercero el Tribunal alude a la «peligrosidad de la penada»⁸⁵ lo cual le lleva a considerar que el cumplimiento de la pena impuesta es «la mejor forma de lograr la resocialización de la penada y evitar que ésta siga cometiendo hechos delictivos análogos». Asimismo, se hace referencia a la finalidad de prevención especial y general que lleva aparejada la pena, pues el ingreso en prisión ayudará a refrenar los comportamientos de los delincuentes que habitualmente se dedican a la comisión de faltas de hurto.

Por último, también aplica el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida 9/2014, de 15 de enero que confirma la Sentencia dictada por el Juzgado de lo penal, que condena a uno de los acusados por dos delitos de hurto del párrafo segundo del art. 234 CP, al haber cometido el acusado seis faltas de hurto en el plazo de un año y siendo el montante acumulado de las

⁸⁴ Sobre la aplicación del principio de especialidad véase el apartado «4.2 La relación con el delito continuado».

⁸⁵ Llama la atención puesto que la peligrosidad es el fundamento de las medidas de seguridad, no de la pena. El fundamento de ésta última es la culpabilidad del sujeto que comete el delito o la falta.

infracción superior al mínimo de la referida figura del delito. Así, el acusado es condenado a la pena de tres meses de prisión, inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo e imposición de costas (se aplican las atenuantes de dilaciones indebidas, drogadicción y confesión de la infracción).

En definitiva, hemos visto como el marco teórico que lleva aparejada la técnica legislativa relativa a la conversión de faltas de hurto en delito no se corresponde de ninguna de las maneras con lo que ocurre en la práctica.

Por ello debería pensarse en opciones penales alternativas a este mecanismo que resulta absolutamente inoperante e ineficaz. Sin entrar en consideraciones de fondo, tal y como afirma Rebollo Vargas⁸⁶, para dar respuesta a la delincuencia menor masiva existen otras vías tales como el comentado delito continuado del art. 74.2 CP (siempre y cuando se den los requisitos exigidos), o el delito de asociación ilícita del art. 515.1º CP (que define como asociación ilícita aquella que tiene por objeto la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada).

Por último, tal y como señala Aguado López⁸⁷, sería en todo caso rechazable acudir a medidas de seguridad⁸⁸ (aunque no sean privativas de libertad) en los casos de delincuentes habituales de criminalidad leve, como son los que cometen de forma reiterada faltas contra el patrimonio. La razón es que dichas medidas de seguridad son más gravosas que el cumplimiento de la pena correspondiente a las faltas, pues conllevan una intervención sobre el sujeto que, tanto por su duración como por su contenido, excede de la culpabilidad por el hecho.

Ya sea porque la levedad de las infracciones cometidas impiden adoptar medidas cautelares o bien por los obstáculos que se presentan en la Administración de justicia para enjuiciar estas situaciones, en los casos de delincuentes habituales de criminalidad leve se demuestra que el contacto de estos sujetos con la justicia no es suficiente para

⁸⁶ REBOLLO VARGAS, R., «Reflexiones y propuestas...», *cit.*, p. 580.

⁸⁷ AGUADO LÓPEZ, S., «La multirreincidencia y la conversión...», *cit.*, pp. 147 y ss.

⁸⁸ Como señala ROMEO CASABONA, C. M., «El concepto y los elementos del Derecho Penal», en *Derecho Penal. Parte General*, (Coordinado por Romeo Casabona y otros), 1ª edic., Comares, Granada, 2013, *cit.*, p. 16, la función más característica de las medidas de seguridad es la prevención especial, con la que se persigue evitar la comisión de delitos futuros por parte de un individuo cuya peligrosidad criminal revela como probable.

impedir la progresión en su carrera criminal. Por ello, la sociedad ha de soportar el riesgo de reincidencia, pues si el Estado interviene sobre el delincuente, el coste para la libertad es mayor que el peligro que se trata de evitar.

V. EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 4 DE OCTUBRE DE 2013.

El Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la *LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* es aprobado en Consejo de Ministros el 5 de abril de 2013. Se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria y tiene su origen en el Anteproyecto de fecha 11 de octubre de 2012.

En el Proyecto de octubre de 2013 desaparece la figura delictiva objeto de este estudio. El motivo, sin embargo, no ha sido explicado por el legislador. Por ello puede pensarse que no ha reflexionado acerca de los problemas de aplicación que presenta el precepto y que han sido expuestas a lo largo de la investigación, sino que, simplemente, el delito del párrafo segundo del art. 234 CP desaparece como consecuencia de la desaparición de las faltas.

En efecto, una de las novedades más destacadas de este Proyecto de reforma es la nueva clasificación de las infracciones penales en «delitos graves, menos graves y leves» (art. 13 CP), derogándose así la tradicional distinción entre «delitos graves, delitos menos graves y faltas». Sin embargo, ello da lugar únicamente a una «aparente» desaparición de las infracciones que actualmente son constitutivas de falta, puesto que desaparecen solo algunas de las infracciones penales leves. Las demás pasan a ser consideradas delitos leves o menos leves, en función de la pena prevista para tales conductas. Sin embargo, en la Exposición de Motivos⁸⁹ se hace referencia al principio de intervención mínima. Por otra parte, en este tipo de infracciones se aumenta la potestad del Juez para valorar las circunstancias del caso y del culpable.

⁸⁹ La Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal establece expresamente que «la reducción del número de faltas [...] viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

La justificación que se ofrece en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2012⁹⁰ a la derogación del Libro III del CP es la primacía de la «racionalización del uso público de justicia, para reducir el elevado número de litigiosidad que recae sobre Juzgados y Tribunales». A lo cual se añade una desproporción existente entre los bienes jurídicos protegidos por las faltas y «la inversión de tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento».

Pues bien, por lo que respecta a la falta de hurto regulada en el art. 623.1 del CP va a pasar a considerarse un delito leve.

Por otra parte, el art. 234 del proyecto de reforma del CP queda redactado del siguiente modo:

«1. El que, con ánimo de lucro, tomare las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño será castigado, como reo de hurto, con la pena de prisión de seis a dieciocho meses.

2. Si el hecho, por el escaso valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses. No se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros, o los casos en los que concurriese alguna de las circunstancias de los artículos 235 ó 235 bis».

Se elimina, por tanto, el actual delito objeto de nuestro estudio, tipificado actualmente en el párrafo segundo del art. 234 CP:

En cuanto a la falta de hurto, nos encontramos ante uno de los casos en que la falta de hurto no se elimina, sino que se eleva a la categoría de delito leve. Tal y como afirma Marín de Espinosa⁹¹, nos encontramos ante una «falsa eliminación» de la falta de hurto, lo cual va a conllevar la asignación de una pena más elevada que cuando la misma infracción era calificada de falta.

⁹⁰ Proyecto Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal, en materia de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social.

⁹¹ MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E., «Delitos y penas leves: art. 13 CP» en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2013, *cit.*, p. 79.

Esta nueva regulación, siguiendo la exposición de Sanz-Díez de Ulzurrun⁹² va a encontrarse con dos obstáculos especialmente conectados con el objeto de este estudio.

Por un lado, la sustracción de cualquier objeto sin violencia o intimidación y sin ningún tipo de profesionalidad va a ser considerada como delito leve. Dicha situación va a ir en contra del principio de intervención mínima que busca la racionalización del uso del servicio público de justicia para reducir la elevada litigiosidad. Además, no va a favorecer de ningún modo la respuesta judicial eficaz y ágil a infracciones de escasa entidad que puedan plantearse.

Por otro lado, si se dan las circunstancias agravantes de los arts. 235 o 235 bis CP, aunque el valor de lo sustraído sea de escasa entidad, el hecho no se considera delito leve y va a ser castigado con la pena de prisión de uno a tres años o prisión de dos a cuatro años, pasando a ser considerado entonces un delito menos grave.

Es de destacar en este estudio la circunstancia 7ª del art. 235 del CP: «cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional». A mi juicio, es posible que el legislador haya querido suplir de este modo la derogación del párrafo segundo del art. 234 del CP.

No obstante se plantearían problemas desde el punto de vista de su interpretación, pues no se exige la existencia de condenas previas, tampoco la pertenencia a una organización dedicada a la comisión de este tipo de delitos y, ni siquiera, la habitualidad. Asimismo, nos encontraríamos con problemas desde el punto de vista de su legitimidad, puesto que sería desproporcionada la pena de prisión de uno a tres años al sujeto que se dedica «profesionalmente» a sustraer objetos de escaso valor.

En definitiva, en el Proyecto de reforma, por un lado se ha dado respuesta a la anunciada y conocida inoperatividad del párrafo segundo del art. 234 y, por otro, no se da una respuesta clara y proporcionada a la lucha frente a la pequeña delincuencia profesionalizada que se asienta en las ciudades y que produce una «alarma social».

⁹² SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad...», *cit.*, p. 145.

VI. CONCLUSIONES.

A modo de recapitulación, exponernos las siguientes consideraciones:

1.- Al introducir el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP el legislador español ha querido dar respuesta a una demanda social de protección. La pequeña delincuencia patrimonial está muy presente en nuestro país y supone un estado de inseguridad en la sociedad actual.

Ante esta situación, el legislador se plantea la existencia previsiones punitivas encaminadas a responder penalmente frente a la delincuencia menor masiva. Con esta finalidad se introduce el delito del párrafo segundo del art. 234 CP. Cuando un sujeto activo lleva a cabo tres infracciones constitutivas de falta de hurto en el plazo de un año y siempre que el montante acumulado de las mismas supere los cuatrocientos euros, automáticamente esas infracciones no van a ser juzgadas separadamente como faltas, sino que se acumulan para su conversión en delito castigándose con la pena del tipo básico del hurto.

Nuestro legislador ha utilizado el criterio de la «habitualidad» como un elemento justificador del incremento de la represión punitiva de los delincuentes más desfavorecidos económica y socialmente que suelen realizar este tipo de infracciones. Junto a las grandes bandas organizadas a las que el Estado debe hacer frente con los instrumentos legales con los que cuenta, es cierto que actualmente existe una delincuencia de rango menor que también provoca un gran daño en la sociedad. Sin embargo, el afán por dar una respuesta eficaz a este problema ha dado lugar a un efecto contrario. Junto con la inoperatividad práctica de este mecanismo, el panorama no es precisamente determinante de que los delincuentes del «hurto al descuido» dejen de intervenir en zonas de especial peligro.

No nos podemos olvidar que no puede recurrirse Derecho Penal como única vía para luchar contra problemas políticos, económicos o sociales, los cuales muestran diversas causas y manifestaciones. Existen otros modos de prevenir este tipo de delincuencia, como puede ser la prevención mediante la adopción de medidas sociales o económicas que puedan dar lugar a la eliminación de estos problemas o, al menos, su reducción.

2.- Para que sea de aplicación el delito que nos ocupa, se exigen tres requisitos cumulativos: la comisión de tres infracciones que constituyan la figura recogida en el art. 623.1, es decir, tres faltas de hurto (que no hayan sido aún juzgadas ni estén prescritas); que dichas faltas de hurto hayan sido cometidas en el plazo de un año; que el montante acumulado derivado de tales infracciones sea superior al mínimo previsto para la figura del delito de hurto recogida en el párrafo primero del art. 234, esto es, superior a 400 euros.

3- De acuerdo con la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas, consideramos que basta con que se haya celebrado el juicio, aunque no haya recaído aún sentencia, para que no se pueda tomar en consideración la correspondiente falta. De ello se deduce, *a sensu contrario*, que pueden integrar la figura delictiva del párrafo segundo del art. 234 CP las faltas respecto a las cuales se haya iniciado el procedimiento, siempre y cuando no se haya celebrado el juicio oral.

4- Para obtener unos resultados idóneos, la regulación que tenga por finalidad atajar la delincuencia habitual no solo debe respetar los principios constitucionales, sino que también debe atender a la puesta en práctica de dicha regulación.

Así las cosas, se cuestiona la legitimidad del mecanismo de conversión de la falta de hurto en delito en caso de habitualidad desde un punto de vista material, en atención a los principios que se recogen en nuestra Constitución.

Así, la doctrina ha cuestionado la legitimidad de la conversión desde el principio de legalidad, pues se rebasa el marco penal concreto previsto para la falta de hurto y la propia frontera entre el delito y la falta; desde el principio *non bis in idem*, ya que nadie puede ser castigado dos veces por los mismos hechos; desde el principio de proporcionalidad, atendiendo al bien jurídico que tutela la norma, la gravedad de ataque al mismo, el grado de culpabilidad y la gravedad de la sanción; desde el principio de culpabilidad, que exige limitarse estrictamente al acto aislado sin tomar en consideración juicios de carácter moral ni hechos pasados o futuros y, por último, desde el principio de igualdad, pues los antecedentes penales no deben producir efectos discriminatorios de cara a la reinserción del delincuente.

A mi juicio, el mecanismo de conversión de falta de hurto en delito no se adecua fundamentalmente a tres de estos principios constitucionales. En primer lugar, al principio de legalidad, pues se permite la aplicación de una pena muy superior a la prevista para la falta de hurto. En segundo lugar, al principio de proporcionalidad, ya que al hablar de pequeña delincuencia contra el patrimonio, por la gravedad del hecho se debería responder con una o varias faltas y no con una aplicación automática de la pena del delito de hurto. Por último, al principio de culpabilidad, pues se va a aplicar una pena muy superior a la gravedad de la culpabilidad de los hechos, ya que éstos son constitutivos de falta de hurto, no de delito.

La ley penal, además de atender a la demanda social de protección, debe gozar de consenso y encontrar un equilibrio con los principios de proporcionalidad e intervención mínima frente a unos hechos con escasa o nula lesividad. El Derecho penal únicamente debe emplearse en los casos de ataques graves a bienes jurídicos fundamentales como un factor para fundamentar y graduar la sanción penal adecuada y proporcionada.

5.- Se ha cuestionado el párrafo segundo del art. 234 CP desde un punto de vista formal, en atención a los obstáculos que se presentan a la hora de aplicar esta figura delictiva.

En primer lugar, nos hemos encontrado con el obstáculo del instituto de la prescripción. No se puede olvidar que las faltas prescriben a los seis meses y que el periodo temporal en el que es factible la acumulación de faltas para su conversión en delito es de un año. Por esta razón, en el momento que se va a juzgar la última de las tres faltas para su conversión automática en delito, debe atenderse al plazo transcurrido desde que se comete la primera de ellas, pues si es más de seis meses va a ser inviable considerarla a efectos del cómputo.

6.- En segundo lugar, el art. 234 párrafo segundo CP puede concurrir con el delito continuado regulado en el art. 74.2 CP. De las distintas posiciones doctrinales expuestas se puede concluir que la más acertada es la señalada en la Circular FGE 2/2003. De este modo, cuando se den los requisitos jurisprudenciales del delito continuado y los ya señalados para la aplicación del delito del párrafo segundo del art. 234 CP, se producirá

un concurso de leyes a resolver por el principio de alternatividad, del art. 8.4 CP, que implica acusar por el delito que prevea la imposición de la pena más grave.

Sin embargo, dado que para ambas figuras está prevista la misma pena, es necesario acudir al principio de especialidad. Esta es la opción adoptada por la jurisprudencia, que, en virtud de este principio, aplica el delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP.

7.- Asimismo, se ha constatado que el verdadero obstáculo para la puesta en práctica de este mecanismo de conversión es la rapidez con la que se juzgan las faltas. En efecto, para aplicar el art. 234 párrafo segundo CP es necesaria la existencia de tres infracciones constitutivas de falta de hurto que no hayan sido juzgadas en el plazo de un año. Sin embargo, en la LECrim se regula un procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de las faltas. Tan inmediato es que el plazo que dispone un Juez para juzgarlas y condenarlas es como máximo de diecisiete días. Por ello, no se comprende la previsión del párrafo segundo del art. 234 del CP, que introduce la posibilidad de construir un único delito con tres faltas que no hayan sido juzgadas en el plazo de un año.

No obstante, y para el hipotético caso de que se previera un plazo mayor para juzgar las faltas de hurto, sería necesaria la existencia de un Registro unificado en el que se inscribieran las dos infracciones que aún no han sido juzgadas para que, cuando se cometa la tercera, pudiera producirse la conversión de las tres faltas y juzgarse como delito de hurto.

8.- Hasta aquí queda cuestionada la operatividad y eficacia del párrafo segundo del art. 234 del CP. Sin embargo, no nos podemos olvidar de una de las consecuencias de las continuas reformas por las que se ha modificado este precepto y que ha dado lugar a que se pueda cuestionar incluso su vigencia en nuestra ley penal. Me refiero a la introducción del párrafo segundo mediante una corrección de errores después de haber sido suprimida por la LO 15/2003.

En efecto, se puede cuestionar la vigencia del párrafo segundo del art. 234 CP puesto que, como ya se advirtió, a través de la técnica de la corrección de errores no se puede

restablecer la vigencia de una disposición previamente derogada por una Ley Orgánica. Dicha subsanación debería haberse efectuado mediante una disposición del mismo rango, esto es, una Ley Orgánica.

La técnica jurídica de la modificación de errores utilizada para la introducción y modificación de un instituto legal como el Código Penal, que el artículo 81 de la Constitución reserva la Ley Orgánica como tipo de norma en la que tiene que ser contenido, no es la adecuada, por lo que consideramos que la vigencia del precitado párrafo segundo del art. 234 puede ser cuestionada.

Así pues, se puede defender que nos encontramos ante una disposición carente de validez jurídica. Ello podría dar lugar a que los abogados defensores de aquel que ha cometido tres faltas de hurto en el plazo de un año puedan alegar que estamos ante una disposición que ya no está en vigor.

9.- Por último, se ha podido comprobar que, en efecto, se trata de un delito muy poco aplicado en la jurisprudencia debido a los obstáculos que presenta su aplicación y que han sido puestos de relieve por la doctrina.

Como ya se ha advertido, la única posibilidad para la aplicación del delito tipificado en el párrafo segundo del art. 234 CP sería la realización de las tres infracciones en un plazo muy breve de tiempo. Ello se debe a que si las infracciones tienen lugar de forma separada a lo largo del año, podría provocar: por un lado, la prescripción de alguna de ellas; por otro, la falta de conocimiento por parte del Juez de las dos infracciones anteriores puesto que no contamos con un Registro en el que puedan inscribirse hechos constitutivos de falta todavía no juzgados y, por último, encontrarnos con faltas enjuiciadas y condenadas debido al rápido procedimiento para el enjuiciamiento de las faltas previsto en la LECrim.

10.- En definitiva, dadas las dificultades existentes para aplicar este delito, no está claro que sea el mecanismo más adecuado para combatir el problema de la habitualidad en la comisión de determinadas infracciones.

Como ya se puso de manifiesto en la Exposición de Motivos de la LO 8/1983, una de las razones que dio lugar a la derogación de la conversión de faltas en delito fue la ineficacia de este mecanismo para luchar contra la delincuencia. Por ello y por todas las razones anteriormente expuestas, seguir incidiendo en la agravación de la pena resulta del todo ineficaz, pues la recaída en el delito demuestra precisamente el fracaso de los efectos preventivos de la pena impuesta.

En este mismo sentido, resulta cuanto menos curioso, que la finalidad del precepto que nos ocupa sea la lucha frente a la «delincuencia profesionalizada». Sin embargo, en la práctica, las tres sentencias que hemos analizado son consecuencia de actuaciones aisladas de sujetos no dedicados profesionalmente a la pequeña delincuencia patrimonial. De hecho, en dos de los tres casos los infractores actúan bajo los efectos de estupefacientes o sustancias análogas.

A mi juicio, la solución se encuentra en el tratamiento de la peligrosidad de estos sujetos a través de medidas de política social, educativas o formativas que incidan sobre las causas de delincuencia y que ayuden a salir a estos sujetos de ese ambiente que favorece la misma. Junto a ello, debe mejorarse la ejecución penal de la Administración de justicia, pues el cumplimiento efectivo de la pena correspondiente a la falta cometida puede servir de ejemplo para frenar al delincuente en su carrera criminal.

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO LÓPEZ, S., *La multirreincidencia y la conversión de faltas en delito: problemas constitucionales y alternativas político criminales*, Iustel, Madrid, 2008.

ALÁEZ CORRAL, B., «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. III, 1999.

ALONSO ÁLAMO, M., «Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia», en *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón* (coordinado por OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y otros), Valencia, 2004.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2013.

ANDRÉS DOMINGUEZ, C. y ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., «Corrección de errores en fraude de ley», en *Diario La Ley*, nº 6392, 2006.

ARMENTEROS LEÓN, M., «Aproximación a la regulación de los delitos leves en la próxima reforma del Código Penal», en *Diario La Ley*, nº 8257, 2014.

CALVO SÁNCHEZ, C., «El nuevo juicio de faltas regulado por Ley 38/2002, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *Diario La Ley*, nº 5682, 2002.

CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General I*, 4ª edic., Tecnos, Madrid, 1994.

- El mismo, *Curso de Derecho Penal español. Parte General, III, Teoría jurídica del delito*, Tecnos, Madrid, 2001.

CORTES DOMINGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., Colex, Madrid, 2003.

DE LA OLIVA SANTOS, A. y otros, *Derecho Procesal Penal*, 6ª edic., Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2003.

GONZÁLEZ RUS, J.J., «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico (II). El hurto», en *Derecho Penal español. Parte Especial*, Cobo del Rosal (coord.), 1ª edic., Dykinson, Madrid, 2004.

GUISASOLA LERMA, C., *Reincidencia y delincuencia habitual*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

LANDROVE DÍAZ, G., «Bandas juveniles y delincuencia», en *Diario La Ley*, nº 6627, 2007.

MAGRO SERVET, V., «La necesidad de creación de un registro central de control de la habitualidad en las faltas para su conversión a delito», en *Diario La Ley*, nº 6556, 2006.

- El mismo, «Pena de alejamiento en las faltas contra el patrimonio», en *Diario La Ley*, nº 7298, 2009.

MELENDO PARDOS, M., «¿Crisis de ley? La corrección de errores como fuente del Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 57, vol. LVII, 2004.

MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 19ª edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MUÑOZ CUESTA, F.J., «Alcance de la reforma del Código Penal por LO 5/2010 en los delitos de hurto, robo y estafa», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, Pamplona, 2010.

- El mismo, «Los nuevos delitos de lesiones y contra el patrimonio motivados por la comisión de cuatro faltas», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 26, Pamplona, 2004.

QUINTERO OLIVARES, G., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª edic., Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

REBOLLO VARGAS, R., «Reflexiones y propuestas sobre el tratamiento penal y procesal de la pequeña delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2011.

ROBLES PLANAS, R., «Delitos contra el patrimonio», en Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Silva Sánchez (dir.), 3ª edic., Atelier, Barcelona, 2011.

SANZ - DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., «Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013.

SILVA SANCHEZ, J.M., «Delincuencia patrimonial leve: una observación del estado de la cuestión», en *Estudios penales y criminológicos*, nº 25, 2005.

TRAPERO BARREALES, M.A., «Un ejemplo de la mala praxis legislativa: los fallos por “olvidos” en las reformas penales», en *Diario La Ley*, nº 7735, 2011.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., «Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012.

LEGISLACIÓN

Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de Código Penal.

Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2003, de 18 de diciembre, sobre la aplicación del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas.

Circular de la Secretaría General de la Administración de Justicia núm. 3/2009 relativa a la entrada en funcionamiento de la nueva aplicación del registro central de medidas cautelares, requisitorias y sentencias no firmes.

Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/1999, de 17 de septiembre, sobre la pena que procede imponer a las infracciones penales continuadas de carácter patrimonial.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

JURISPRUDENCIA

Acuerdo no jurisdiccional del Tribunal Supremo, de 26 de octubre de 2010 (Sala de lo Penal).

Sentencia núm. 150/1991, de 4 de julio, del Tribunal Constitucional.

Sentencia núm. 136/1999, de 20 de julio, del Tribunal Constitucional (Pleno).

Sentencia núm. 157/1990, de 18 de octubre, del Tribunal Constitucional (Pleno).

Sentencia núm. 297/2000, de 22 de febrero, del Tribunal Supremo (Sala de la Penal).

Sentencia núm. 368/2000, de 10 de marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia núm. 531/2000, de 22 marzo, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia núm. 820/2005, de 23 de junio, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia núm. 592/2006, de 28 de abril, del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal).

Sentencia núm. 319/2011, de 7 julio, de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 3ª).

Sentencia núm. 390/2012, de 23 de agosto, del Juzgado de Instrucción Nº 2 de Pamplona.

Sentencia núm. 408/2012, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª).

Sentencia núm. 843/2012, de 19 junio, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª).

Sentencia núm. 1563/2012, de 30 noviembre, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª).

Sentencia núm. 275/2013, de 14 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 3 de San Vicente del Raspeig.

Sentencia núm. 451/2013, de 10 abril, de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 17ª).

Sentencia núm. 9/2014, de 15 de enero, de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª).